

Teoria da qualidade e o dever de segurança à saúde no fornecimento de produtos e serviços em tempos da pandemia da Covid-19

*Paulo Garcia*¹

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: 1. Introdução; 2. Novos contornos ao dever de segurança à saúde; 3. Breve análise dos protocolos de segurança e das correlatas decisões judiciais proferidas por ocasião da pandemia da Covid-19; 4. Conclusões; Referências.

1. Introdução²

Em tempos de pandemia da Covid-19, a população mundial está a enfrentar riscos e danos à saúde sobremodo graves, não havendo até aqui respostas científicas satisfatórias ao eficaz combate dessa doença altamente contagiosa, transmissível por meio de simples secreções respiratórias, a partir de gotículas que podem ficar em superfícies ou suspensas no ar.

A questão é complexa e o caminho que tem sido atualmente trilhado com maior intensidade é o da prevenção da doença. Inúmeras medidas já foram adotadas,³ de modo que se observa a construção de

¹ Especialista em Direito do Consumidor pela Escola Paulista da Magistratura. Mestre e Doutorando em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor do curso de especialização em Direito do Consumidor da Escola Paulista da Magistratura. Professor convidado na PUC/SP-COGAE.

² Alguns trechos do presente artigo foram previamente publicados no livro *Direito em tempos de crise: Covid-19*. CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro et al. (orgs.). *Direito em tempos de crise: Covid-19*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2020. v. 5.

³ Isolamento, quarentena, distanciamento social, suspensão temporária das atividades do comércio, restrição de acesso aos estabelecimentos, imposição de uso de máscaras e outros equipamentos de proteção etc.

uma nova ordem econômico-social voltada à preservação da saúde e da vida das pessoas, na esperança de se obstar o crescimento dos efeitos danosos do fenômeno.

Espaços físicos utilizados para fornecimento de produtos ou serviços, tais como meios de transporte público, estabelecimentos comerciais, cinemas, teatros, estádios de esportes, casas de show e quaisquer outros lugares que possibilitam aglomeração de pessoas foram qualificados como potenciais superpropagadores do novo coronavírus (Sars-CoV-2).

Por conta disso, diversas restrições afetam o comércio, mas sem o propósito de fazer cessar as atividades do mercado de consumo. Fornecedores e consumidores – agentes econômicos por excelência⁴ – continuam a manter relações negociais, tanto por meio do comércio eletrônico, quanto, de maneira mais restrita, no âmbito daqueles estabelecimentos comerciais que ostentam autorização para funcionamento de seu espaço físico com acesso aos clientes presenciais.

Em detrimento da atividade econômica, a tutela da saúde tem sido preocupação prioritária, escolha que não pode ser considerada aleatória, uma vez que a preservação da integridade psíquico-física do ser humano está alçada a princípio constitucional, de natureza de direito fundamental, com expressa menção nos artigos 6º e 196 da CF.

Enquanto princípio jurídico constitucional, é importante esclarecer que não se trata de uma garantia de não se enfermar, mas de uma aspiração a não se enfermar, a manter a integridade psíquico-física do sujeito.⁵ Nesse particular, as diversas normas não podem deixar de olvidar a tutela da saúde, seja como um objetivo a se alcançar, seja como uma otimização da conduta humana que regulam. Também não se restringe o princípio à atuação estatal, bastando a simples menção da já reconhecida eficácia horizontal dos direitos fundamentais para sustentar, em um primeiro raciocínio, a observância da tutela da saúde pelos sujeitos em suas relações privadas.

⁴ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 357.

⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Responsabilidade civil de los médicos*. 2. ed. rev. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2016, p. 193.

De todo modo, certo é que, no âmbito das relações de consumo, a saúde tem sua tutela infraconstitucional a partir do artigo 6º do CDC, a fim de impedir a atuação dos fornecedores de produtos ou serviços que coloque em risco a saúde do consumidor.

Aliás, a tutela da saúde nas relações de consumo não configura assunto trazido pela pandemia, pois há muito tem sido tratada com a devida profundidade e precisão, com destaque para a consagrada teoria da qualidade apresentada por Herman Benjamin, segundo o qual, nas relações de consumo, duas órbitas distintas devem ser observadas no que diz respeito à qualidade:

a primeira centraliza suas atenções na garantia da incolumidade físico-psíquica do consumidor, protegendo sua saúde e segurança, ou seja, preservando sua vida e integridade contra os acidentes de consumo provocados pelos riscos de produtos e serviços. Esta órbita, pela natureza do bem jurídico tutelado, ganha destaque em relação à segunda. [...] a segunda categoria denominaremos vícios de qualidade por inadequação. Tem ela a ver, por um lado, com o desempenho dos produtos e serviços, ou seja, com o cumprimento de sua finalidade em acordo com a expectativa legítima do consumidor. De outro lado, manifesta-se com um caráter de durabilidade, isto é, a garantia de que o produto ou serviço não perderá, total ou parcialmente, de forma prematura, sua utilidade, também em sintonia com a expectativa legítima do consumidor.⁶

Porquanto seus agentes estão no mercado e não estão imunes aos efeitos da pandemia, o Direito do Consumidor, por óbvio, não poderia ficar inerte ao atual problema da tutela da saúde por conta do enfrentamento da Covid-19, principalmente no que diz respeito aos interesses dos consumidores.

Nesse contexto, surgem algumas indagações: qual o nível de segurança com a saúde dos consumidores deve ser exigido dos fornecedores

⁶ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 147-158.

de produtos e serviços no atual mercado de consumo no que diz respeito à contaminação pelo novo coronavírus? Ou, considerando os termos da teoria da qualidade, o que caracterizará o vício de qualidade por insegurança no que se refere ao risco à saúde em decorrência da Covid-19?

São essas as questões que aqui se pretende enfrentar.

2. Novos contornos ao dever de segurança com a saúde

Nas relações de consumo, é reconhecido o direito básico do consumidor de proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos. (art. 6º, CDC), com acréscimos das regras gerais e específicas de segurança do consumidor.⁷

Conforme pondera Fábio Konder Comparato, o

mais importante nas relações de consumo é a proteção da saúde ou segurança do consumidor; a civilização industrial, se por um lado, deu ao homem instrumentos decisivos de domínio sobre as forças naturais, por outro, suscitou um sem-número de riscos insuspeitados de danos à saúde ou à incolumidade públicas.⁸

A proteção legal abrange tanto riscos pessoais quanto riscos patrimoniais, considerando-se o direito à segurança como espécie de direito geral de não sofrer danos, ao qual corresponde o dever geral de proteção à vida, à pessoa e ao patrimônio do consumidor.⁹ Produz efeito

⁷ O dever de segurança nas relações de consumo configura um dever amplo, sem vinculação necessária às relações contratuais, que compreende além dos fornecedores, também a atuação estatal (art. 4º, inciso II, alínea d, do CDC).

⁸ COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 77, p. 27-46, 2011.

⁹ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 212.

sobre todo o correlato microsistema¹⁰ – tanto no âmbito das relações difusas ou coletivas de consumo, em que existe o desenvolvimento de atividades empresariais voltadas para o consumo, mas sem presença de qualquer consumidor; quanto em matéria de trato negocial, em que se verifica a presença de um consumidor individualizado, situação em que o dever geral passa a ser funcionalizado por meio da *cláusula geral de segurança*, ora vinculando correlato dever à prestação principal, ora posicionando-o lateralmente por meio dos deveres acessórios, com acentuada autonomização.

Jean Calais-Auloy esclarece que as disposições decorrentes do dever de segurança que, sem dúvida, são limitações à liberdade do comércio e da indústria, repartem-se em três vertentes:¹¹ prevenção, reparação¹² e repressão.¹³

A questão da pandemia coloca em destaque a primeira vertente, ou seja, das medidas preventivas de observância obrigatória pelo fornecedor a fim de se evitar que produtos e serviços colocados no mercado produzam danos ao consumidor. Neste sentido, como percebe Bruno Miragem, prevenir significa não só eliminar, como também reduzir, antecipadamente, causas capazes de produzir um determinado resultado danoso.¹⁴

Prosseguindo-se um pouco mais no raciocínio teórico, aponta-se, a partir dessa vertente preventiva da obrigação de segurança, a concreção de vários deveres típicos e atípicos, dentre eles o *dever de organizar a atividade de fornecimento do produto ou serviço de forma segura*,¹⁵ fenômeno que representa um dos mais importantes deveres

¹⁰ Esclarece Bruno Miragem que a garantia de segurança será ao mesmo tempo um princípio da atuação do Estado (artigo 4º, II, “d”) e direito básico do consumidor (artigo 6º, I). E constituirá dever do fornecedor relativamente aos produtos e serviços oferecidos no mercado (artigos 8º a 10), na proibição da publicidade abusiva (artigo 37, §2º). Ao mesmo tempo, vai fundamentar a imposição de sanções administrativas (artigo 58) e penais (artigos 63 a 66, e 68) (MIRAGEM, Bruno, op. cit., p. 212).

¹¹ CALAIS-AULOY, Jean. Sécurité des consommateurs. In: GHESTIN, Jacques (org.). *Sécurité des consommateurs et responsabilité du fait des produits défectueux*. Paris: LGDJ, 1987, p. 227. (Collection Thèses. Sous-collection Bibliothèque de droit privé).

¹² A reparação dá ensejo a responsabilidade por fato do produto ou serviço.

¹³ As medidas repressivas de natureza administrativa têm previsão nos artigos 56 e ss. do CDC, enquanto as medidas repressivas de natureza penal estão contempladas nos artigos 63 e ss. do CDC.

¹⁴ MIRAGEM, Bruno, op. cit., p. 225-226.

¹⁵ No que diz respeito à organização, representa ela uma prestação secundária instrumental da prestação principal e, conforme ensina Menezes Cordeiro, tem um aspecto característico, de conduzir

de proteção da atualidade, tendo em vista que grande parte da atividade empresarial é desenvolvida perante o consumidor em uma dimensão espacial física.

Um ambiente de fornecimento seguro é aquele que respeita o *dever sanitário*,¹⁶ conforme se depreende do §2º, artigo 8º, do Código de Defesa do Consumidor, norma que impõe ao fornecedor o dever de higienizar os equipamentos e utensílios utilizados no fornecimento de produtos ou serviços, ou colocados à disposição do consumidor, e informar, de maneira ostensiva e adequada, quando for o caso, sobre o risco de contaminação.¹⁷

Nesse ponto chegamos à discussão quanto à necessidade de observância de medidas preventivas à contaminação pela Covid-19, se não para eliminar o risco, na ausência de resposta científica para tanto, ao menos para reduzir, antecipadamente, as causas capazes de produzir um determinado resultado danoso.

Essa discussão parte do pressuposto de que o direito básico do consumidor à proteção da vida, saúde e segurança está concebido em uma *estrutura normativa de cláusula geral*,¹⁸ a qual implementa uma nova dinâmica ao conteúdo obrigacional, de modo a permitir a

à montagem de uma estrutura que, depois, vai articular os interesses das pessoas envolvidas. (CORDEIRO, Menezes. *Tratado de direito civil português: direito das obrigações: introdução, sistemas e direito europeu das obrigações, dogmática geral*. Coimbra: Almedina, 2009, t. 1, v. 2, p. 518).

¹⁶ Conforme ressalta Carlos Ferreira de Almeida, “as mais antigas medidas de proteção dos consumidores são aquelas que, ainda antes da vulgarização desta ideia como tal, são impostas por razões de saúde pública” (ALMEIDA, Carlos Ferreira. *Os direitos dos consumidores*. Coimbra: Almedina, 1982, p. 49).

¹⁷ O mesmo dever sanitário configura medida de aplicação do dever de segurança no ordenamento francês, previsto no art. L412-1, do *Code de la consommation*, o qual estabelece a observância de condições higiênico-sanitárias pelas pessoas envolvidas na fabricação, processamento, transporte, armazenamento ou venda de produtos, com ênfase para os operadores de alimentos e rações em todos os estágios de produção, processamento e distribuição, incluindo importações e exportações, de produtos e gêneros alimentícios de origem animal ou não, e gêneros não alimentícios de origem animal ou que contenham produtos de origem animal.

¹⁸ Da lição de Judith Martins-Costa extraímos que a expressão cláusula geral vem do alemão *Generalklauseln*. Em seu ambiente de origem, indica, no mínimo, uma estrutura normativa cuja prescrição é vaga na hipótese, isto é, cujo conteúdo não está previamente descrito. Com ênfase à cláusula geral da boa-fé, tal qual trabalhada pela jurisprudência alemã, Judith Martins-Costa aponta que ela serviu para evidenciar a complexidade do conteúdo da relação obrigacional e o seu intrínseco dinamismo, o que veio a ser objeto da reflexão civilista notadamente na segunda metade do século XX. (MARTINS-COSTA. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 135 e ss).

¹⁹ Mario Júlio de Almeida Costa aponta a visão complexa e dinâmica, que encara a relação obrigacional

conformação das relações jurídicas à evolução das circunstâncias, dando funcionalidade às sequências estruturais do vínculo negocial.¹⁹

É de se recordar que esse modelo normativo foi inicialmente desenvolvido quando do enfrentamento de outra grande crise, a saber, aquela decorrente dos efeitos da 1ª Guerra Mundial, a partir da qual a jurisprudência civilista alemã começou, com calma e refletida ponderação, a preencher as cláusulas gerais com uma nova ética jurídica e social e, assim, a adaptar a ordem jurídica burguesa à evolução social.²⁰ Desse modo, a cláusula geral consolidou-se como uma estrutura normativa mais apta a oferecer respostas às mutações da sociedade, permitindo um ordenamento jurídico permanentemente atualizado e aberto à experiência concreta.²¹

A dinâmica da relação obrigacional, que se mostra possível em virtude do modelo de cláusulas gerais incorporado ao sistema vigente, viabiliza tanto uma nova modulação aos deveres de proteção típicos, como o surgimento de novas figuras, corporificadas de modo a fazer frente às variações circunstanciais dos perigos que se apresentam aos contratantes.²²

No contexto da dinâmica da atividade empresarial, por exemplo, impõe-se ao empresário um papel ativo frente à evolução dos riscos,

como um sistema, organismo ou processo, sendo formada por duas ideias que se complementam, ou seja, dois tópicos em conexão, mas cindíveis analiticamente: “a integração de múltiplas faculdades e situações num direito ou relação, isto é, o seu entendimento como um organismo ou mecanismo (Gefüge) que permite a consecução de fins determinados; e a conformação das relações jurídicas à evolução das circunstâncias, quer dizer, a sua compreensão como processo ou sequências teleologicamente estruturadas.” (COSTA, Mario Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 12. ed. Coimbra: Almedina, 2019, p. 75-76). Entre nós, destaca-se a precedência da obra A obrigação como processo de Clovis do Couto e Silva, apresentada originalmente em 1964 como tese de livre-docência na Faculdade de Direito Universidade Federal do Rio Grande do Sul (SILVA, Clovis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2006).

²⁰ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 4. ed. Tradução: A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010, p. 546).

²¹ CACHAPUZ, Maria Claudia Mércio. A construção de um conceito de privacidade, as cláusulas gerais e a concreção de direitos fundamentais. In: MARTINS-COSTA, Judith (coord.). *Modelos de direito privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 56.

²² Ensina Carlos Alberto da Mota Pinto que a concretização dos deveres de proteção depende da verificação de pressupostos variáveis que, à luz do fim do contrato, adquirem essa eficácia. E não só o seu aparecimento: também o seu conteúdo interno, intensidade e duração dependem das circunstâncias atuais. (PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Cessão da posição contratual*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 346).

²³ CABANILLAS SANCHEZ, Antonio. *Los deberes de protección del deudor en el derecho civil, en el*

o que o obriga a uma progressiva adaptação das medidas adotadas em matéria de saúde e segurança, incluindo ações permanentes para aperfeiçoar os níveis de proteção existentes.²³ Um perigo, antes desconhecido, a partir do momento em que se torna previsível e faz parte do risco de determinada atividade, deve ser enfrentado sob o fundamento do princípio da prevenção.²⁴

Quanto ao critério para tal raciocínio, conforme proposto por André Rodrigues Corrêa, “interessa identificar se o evento lesivo em questão possui uma ocorrência quantitativa relevante, isto é, se é um fenômeno recorrente na sociedade, se corresponde a um risco com probabilidade significativa de ocorrência”.²⁵

E, quanto aos riscos de contágio da Covid-19, não há dúvidas de que existe uma ocorrência quantitativa relevante do evento lesivo, de modo a exigir a imposição de condutas com a finalidade de reduzir, antecipadamente, as causas capazes de produzir um determinado resultado danoso.

Nesse particular, não se advoga uma obrigação de garantia com relação ao vírus, isto é, esperar do fornecedor um resultado tal que o consumidor não correrá risco algum de contágio quando presente em algum estabelecimento comercial. Como destaca Jean Calais-Auloy, o advérbio “legitimamente” significa que o público não pode esperar uma segurança absoluta, mas ter em conta as condições normais de uso ou outras condições razoavelmente previsíveis para o profissional.²⁶

Certas condutas que legitimamente são esperadas dos fornecedores estão previstas na Lei 13.979, de 6 de fevereiro de 2020,

mercantil y en el laboral. Madrid: Civitas, 2000, p. 381, 385.

²⁴ Conduta que se coaduna com o dever de segurança, em decorrência do princípio da prevenção, é aquela objeto da notícia referente ao hotel que, logo depois do suicídio de uma cliente, que saltou para a morte do alto do vão livre central interno, mandou instalar uma rede de proteção antiqueda na base do referido vão. (SAMPAIO, Paulo. Após suicídio de jovem, hotel instala rede proteção antiqueda no hall. *Blog do Paulo Sampaio*, 12 jul. 2017. Disponível em: <https://bit.ly/3hzbLSG>. Acesso em: 7 set. 2020).

²⁵ CORREA, André Rodrigues. Ato violento de terceiro como excludente de responsabilidade do transportador: qual a causa desse entendimento jurisprudencial defeituoso? In: MARTINS-COSTA, Judith (coord.). *Modelos de direito privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 341-384.

²⁶ CALAIS-AULOY, Jean. *Sécurité des consommateurs*. In: GHESTIN, Jacques (Org.). *Sécurité des consommateurs et responsabilité du fait des produits défectueux*. Paris: Paris: LGDJ, 1987, p. 226.

²⁷ MALFATTI, Alexandre David. A efetivação dos direitos básicos à educação e à informação do consu-

dentre as quais merecem destaque o *isolamento* de pessoas doentes ou contaminadas, além de bagagens, meios de transportes, mercadorias ou encomendas postais afetadas (art. 2º, I e art. 3º, I); a *quarentena*, que acarreta a restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes, ou de bagagens, contêineres, animais, meios de transporte ou mercadorias suspeitos de contaminação, de maneira a evitar a possível contaminação ou a propagação do coronavírus (art. 2º, II e art. 3º, II); e o *uso obrigatório de máscaras de proteção individual* (art. 2º, II e art. 3º, III-A).

Há previsão legal, ainda, de um dever de informação específico dirigido aos estabelecimentos comerciais, por meio da fixação cartazes informativos sobre a forma de uso correto de máscaras e o número máximo de pessoas permitidas ao mesmo tempo dentro do estabelecimento (art. 3º-B § 5º, da Lei 13.979/2020).

Ademais, não se pode ignorar que, no atual cenário, existe não só o aumento dos riscos à saúde do consumidor, como também o agravamento da assimetria informacional, exigindo do fornecedor a ampliação do conteúdo relativo ao dever de informação, a fim de se ajustar às novas situações fáticas decorrentes da pandemia. Conforme enfatiza Alexandre David Malfatti,

o consumidor terá necessidade adicional de educação e informação, porque o ato de consumir envolverá seus direitos (fundamentais e básicos) à vida e à saúde. Mais do que isso. O consumidor deverá ser capaz de respeitar também os demais consumidores, igualmente atingidos pelos novos desafios.²⁷

Na Lei 13.979/2020, é possível também destacar, quanto ao setor privado de bens e serviços, a necessidade de adoção de medidas de prevenção à proliferação de doenças, como a assepsia de locais de circulação de pessoas e do interior de veículos de toda natureza usados

midor: apontamento em função da pandemia do coronavírus (Covid-19). In: *Direito do consumidor: reflexões quanto aos impactos da pandemia da Covid-19*. São Paulo: EPM, 2020.

²⁸ Além das orientações formuladas pela Organização Mundial de Saúde, da qual o Brasil é participan-

em serviço e a disponibilização aos usuários de produtos higienizantes e saneantes (art. 3º-H, da Lei 13.979/2020).

Portanto, enquanto perdurar o *novo normal*, impõe-se aos fornecedores a observância dos protocolos de segurança,²⁸ o que implica eventual abstenção de funcionamento, uso de máscaras pelos funcionários, disponibilização gratuita de produtos desinfetantes eficazes; isolamento de funcionários, higienização de objetos compartilhados, vedação de acesso de pessoas em situação suspeita de contágio,²⁹ limitação de acesso simultâneo de consumidores ou a exigência de uso de máscara quando do ingresso e permanência no estabelecimento comercial.³⁰

Não se trata de rol exaustivo, mas exemplificativo, ou seja, sem prejuízo da adoção de outras condutas visando o cumprimento do dever sanitário e de organização do espaço de modo seguro.³¹

Nesse particular, importante a atuação dos órgãos públicos que, por força do artigo 4º, inciso II, alínea “d”, do CDC, ostentam também o dever de proteção da saúde e segurança dos consumidores, motivo pelo qual, havendo a imposição de certas condutas pelo Poder Público, a questão vai além da simples liberdade econômica, porque relacionada a direitos e interesses difusos e coletivos.³²

te, são inúmeras as resoluções e normas técnicas publicadas pela Anvisa com medidas sanitárias de prevenção e controle do novo coronavírus (SARS-CoV-2) para compulsória observância no desenvolvimento de específicas atividades industriais, comerciais e de serviço (<https://bit.ly/326XmQe>).

²⁹ No âmbito dos contratos de transporte, pode-se mencionar o dever sanitário que autoriza o transportador a recusar aquele que não estiver em condições de higiene ou de saúde, a fim de preservar a integridade dos passageiros (artigo 739, do Código Civil), o que pode ser estendido aos demais estabelecimentos comerciais.

³⁰ Quanto ao uso obrigatório de máscaras de proteção facial, o Decreto Estadual 64.959, de 4 de maio de 2020, estabelece que seu uso constitui condição de ingresso, frequência ou permanência no interior de estabelecimentos comerciais (art. 1º, § 2º), o que autoriza a vedação de acesso daquele consumidor que não observa referida medida preventiva, bem como a retirada daquele que já ingressou no recinto empresarial, mas se nega a permanecer com a máscara. Há, pois, a imposição de deveres aos consumidores para a proteção de outros consumidores.

³¹ Interessante iniciativa do Hospital Israelita Albert Einstein diz respeito à concessão de um selo de certificação aos estabelecimentos comerciais em situação de respeito a todas as regras dos protocolos de segurança, de modo a informar ao consumidor a situação de segurança no comércio físico (Selo CovidAudit). Disponível em: <https://bit.ly/3haKJJJ>. Acesso em: 7 set. 2020.

³² Nesse sentido, o Decreto Estadual 64.959, de 4 de maio de 2020, estabelece a imposição das penas previstas no Código Sanitário do Estado, sem prejuízo da aplicação das penalidades administrativas e cíveis do Código de Defesa do Consumidor aos estabelecimentos comerciais que descumprirem as medidas preventivas dispostas em referido diploma normativo.

³³ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações*

Ademais, configurado esse interesse de uma coletividade, a ação do Ministério Público e das Associações de Defesa dos Consumidores assume relevante função na prevenção de danos.³³ Não obstante, a falta de observância das condutas impostas em aplicação da cláusula geral de segurança está apta a representar ato ilícito passível de desencadear, inclusive, a figura do dano moral coletivo,³⁴ principalmente caso venha determinado estabelecimento comercial a transformar-se em foco de superpropagação do novo coronavírus em razão da falta de adoção das medidas de prevenção.

De todo modo, sem esquecer da função primordial da responsabilidade consistente na reparação de danos, importante é, como elucida Teresa Ancona Lopez, seu papel preventivo, enquanto função automática do instituto, pela crença legítima da sanção pecuniária que ela engendra, mas também enquanto instrumento anterior ao dano, a fim de se evitar as lesões iminentes, o que se efetiva por meio da edição de obrigações gerais de segurança que tem como um de seus desdobramentos o dever de prover segurança contratual³⁵ tanto contra os riscos conhecidos (prevenção) como em relação aos riscos não definidos (precaução).³⁶

3. Breve análise dos protocolos de segurança e das correlatas decisões judiciais proferidas por ocasião da pandemia da Covid-19

A aplicação de protocolos de segurança, com critérios de isolamento, padrões sanitários, utilização de equipamentos de proteção,

contratuais. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 1417.

³⁴ Dano moral coletivo, na lição de Sérgio Cavalieri Filho, consiste “no sentimento de despreço que afeta negativamente toda a coletividade pela perda de valores essenciais; sentimento coletivo de comoção, de intranquilidade ou insegurança pela lesão a bens de titularidade coletiva, como o meio ambiente, a paz pública, a confiança coletiva, o patrimônio (ideal) histórico, artístico, cultural, paisagístico etc.” (CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 134).

³⁵ LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 78-79.

³⁶ TAPINOS, Daphné. *Prévention, précaution et responsabilité civile: risque avéré, risque suspecté et transformation du paradigme de la responsabilité civile*. Paris: L'Harmattan, 2008, p. 377-378.

³⁷ COVID-19 : estratégia de gestão: instrumento para apoio à tomada de decisão na resposta à pan-

dentre outros, é um procedimento que decorre de experiências anteriores bem-sucedidas no enfrentamento de pandemias semelhantes.

Apesar da produção de efeitos significativos para minimizar os riscos de contaminação, o referido protocolo ainda configura política de redução de danos, cujos efetivos percentuais de eficácia não podem ser adequadamente mensurados, visto que tal raciocínio dependeria, no mínimo, de um cenário em que todas as pessoas fosse responsáveis o suficiente para cumprir os regramentos sanitários, situação que infelizmente não pode ser ventilada.

De fato, o novo coronavírus (Sars-CoV-2) está circulando e sem vacina não há efetiva segurança em relação à doença.

Não obstante, a Organização Mundial de Saúde (OMS) tem proposto, com base em processos de avaliação de riscos disponíveis na literatura científica, o uso de um conjunto de indicadores para avaliar as ameaças e vulnerabilidades do sistema de saúde em âmbito local, relacionadas à capacidade de atendimento e ao cenário epidemiológico, a fim de enquadrar determinada região em um dos cinco níveis de risco propostos (roxo, vermelho, laranja, amarelo, verde), com o correlato protocolo de segurança a ser adotado, formado por uma série de medidas preventivas diversas para cada nível.^{37,38}

O nível de risco mais alto é o *roxo*, com medidas de distanciamento de restrição máxima, compreendendo a quarentena, a adoção de distanciamento social ampliado e seletivo, além de medidas básicas e transversais de segurança.

O *vermelho* é o nível de risco alto, que impõe a suspensão de atividades econômicas não essenciais, horários diferenciados de funcionamento dos setores econômicos para reduzir aglomeração no sistema de transporte público, bem como regras próprias de distanciamento social ampliado e seletivo, mais as medidas básicas e transversais de segurança.

demia da Covid-19 na esfera local. Brasília, DF: SUS, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/35iC4Bg>. Acesso em: 7 set. 2020.

³⁸ No estado de São Paulo existe um protocolo próprio semelhante ao da OMS, dividido em cinco fases: fase 1 – vermelha/alerta máximo; fase 2 – laranja/controle; fase 3 – amarela/flexibilização; fase 4 – verde/abertura parcial; fase 5 – azul/normal controlado (Decreto 64.994, de 28 de maio de 2020).

³⁹ Agravo de instrumento nº 2070917-15.2020.8.26.0000, Relator: Des. Leonel Costa. Órgão Julgador:

O nível *laranja* é o moderado, representando uma importante fase de transição, pois permite flexibilidade no desenvolvimento das atividades econômicas não essenciais, com limite de acesso e tempo de uso dos clientes, conforme o risco no território, suspensão de atividades escolares presenciais, proibição de qualquer evento que gere aglomeração, conforme avaliação local, adoção de distanciamento social no ambiente de trabalho, horários diferenciados de funcionamento dos setores econômicos para reduzir aglomeração no sistema de transporte público, bem como regras próprias de distanciamento social ampliado e seletivo, além das medidas básicas e transversais de segurança.

O nível *amarelo* indica baixo risco, com adoção de distanciamento social seletivo, em que se evitam as atividades que geram aglomeração de pessoas, mantendo-se somente certas medidas de distanciamento social seletivo.

O nível de risco mais baixo é representado pela cor *verde*, em que se mantêm apenas as medidas básicas e transversais de segurança.

Por conta disso, tem sido comum a discussão a respeito do nível de risco relativo à pandemia da Covid-19 em que se encontra uma determinada região, principalmente quanto às fases de cor vermelha e laranja, que tem como ponto de distinção relevante a suspensão ou não das atividades econômicas não essenciais, debate que tem repercutido em inúmeras demandas judiciais.

De um lado, as empresas que desenvolvem atividades qualificadas como não essenciais postulam o direito de se manter em funcionamento mesmo durante o nível vermelho de risco pandêmico.

Em resposta, o Poder Judiciário do Estado de São Paulo tem reconhecido o valor preponderante do direito à saúde, mantendo a restrição das atividades não essenciais, conforme o nível de risco vigente, de modo que vale transcrever trecho de acórdão Agravo de instrumento nº 2070917-15.2020.8.26.0000, da 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

No quadro mundial da pandemia do Covid-19, o Chefe do Executivo Nacional, o Presidente da República, está tomando as iniciativas constitucionais para o enfrentamento da emergência da saúde pública, tendo aprovados a Lei 13979/2020 e seu

regulamento Decreto 10282/2020, implantando excepcionais e transitórias medidas de isolamento e quarentena de pessoas, restrição de atividades não essenciais, limitações emergenciais de direitos e garantias individuais, inclusive da liberdade de comércio e de exercício de trabalho e profissão, entendendo que o momento é de prevalência do bem maior constitucional que é a vida e a saúde das pessoas, como se infere da ordem constitucional e do “caput” do art. 5º da Constituição da República.³⁹

Por outro lado, nas localidades em que o Poder Público Municipal tem permitido o funcionamento das atividades econômicas não essenciais, quando o nível de alto risco exige a suspensão desse comércio, o Poder Judiciário tem feito prevalecer a observância da proteção da saúde, impedindo que tais espaços empresariais sejam foco de propagação do novo coronavírus.

Um exemplo a se mencionar, nesse ponto, é a decisão proferida em agravo de instrumento interposto nos autos de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público em face do município de São José dos Campos, a qual determinou a suspensão da eficácia de decreto municipal que estabelecia a possibilidade de funcionamento de serviços e atividades em geral, impondo ao município a obrigação de cumprir o Decreto Estadual 64.881/20, com a adoção das medidas mais restritivas e rigorosas de enfrentamento da pandemia, valendo transcrever o seguinte trecho:

o Município de São José dos Campos é polo de importância na Região Metropolitana do Vale do Paraíba, de forma que, fora da quarentena, promovendo a aglomeração de pessoas em momento de isolamento social, passaria a atuar como dispersor e propagador da Covid-19 para todas as cidades vizinhas.⁴⁰

8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

⁴⁰ Agravo de Instrumento nº 2076383-87.2020.8.26.0000. Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relatora: Des. Maria Olívia Alves.

⁴¹ Agravo de Instrumento nº 2160600-63.2020.8.26.0000, 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de

Por fim, vale a pena registrar a importante decisão proferida nos autos do agravo de instrumento nº 2160600-63.2020.8.26.0000, da 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que determinou o retorno da integralidade da frota de ônibus no município de São Paulo, por considerar que a redução do número de veículos de transporte coletivo acabava por propiciar o aumento de contágio pela Covid-19, com violação à segurança dos usuários:

A todo esse quadro normativo de progressiva retomada das atividades socioculturais e econômicas não se seguiu qualquer proposta apresentada a público pela Secretaria Municipal de Mobilidade de Transportes SMT que permitisse o deslocamento em segurança por transporte público coletivo. As medidas adotadas são absolutamente incompatíveis: autoriza-se o retorno amplo da circulação de pessoas, mas não os modais a proporcionar a segurança desta circulação.

Não fosse suficiente a manifesta incoerência da atuação do Executivo Municipal, há, a propósito, estudos realizados por autoridades sanitárias e por universidades públicas federais que afirmam ser os ambientes com aglomeração de pessoas (tais como o transporte público coletivo) os mais propícios ao contágio pela Covid-19. Dada a impossibilidade de suspensão da prestação de serviços públicos essenciais, a sua adaptação à realidade emergencial é medida que se impõe.

Cita-se, por oportuno, a instauração, pelo Ministério Público do Estado de São Paulo e pela Defensoria Pública do Inquérito Civil n.º 14.0279.0000074/2020, que culminou no encaminhamento de recomendações à SPTrans, à EMTU, à CPTM e ao Metrô, bem como à Prefeitura Municipal de São Paulo, para que fossem adotadas medidas de segurança e de higienização, bem como revogado o plano de operação monitora que baseia a redução da oferta de transporte na redução da demanda, ignorando normas sanitárias e técnicas para prevenção.

O estudo elaborado com auxílio do Centro de Apoio Técnico (CAEX) inclusive detalha que a taxa

de ocupação dos coletivos (que pelos parâmetros pré-pandêmicos era de 6 pessoas/m²), pelas recomendações da Organização Mundial de Saúde, deve passar a 0,5 pessoas/m². Daí as recomendações do MPSP e da Defensoria Pública do Estado de São Paulo de retorno de 100% da frota de ônibus, bem como criação excepcional de linhas expressas (sem embarque e desembarque ao longo do trajeto) e a fixação de sinalização vertical e horizontal para orientar os passageiros ao distanciamento. Recomendou-se ainda a aferição da temperatura dos passageiros no momento do ingresso, além das medidas rotineiras de limpeza e desinfecção.

Em pesquisa encaminhada pelo Instituto Alberto Luiz Coimbra de Pós-Graduação e Pesquisa de Engenharia (Coppe/UFRJ) à Secretaria de Estado de Transporte do Rio de Janeiro, as medidas de gestão e operação sugeridas vão na direção oposta daquelas adotadas pela Municipalidade de São Paulo.

Naquele estudo concluiu-se pela necessidade de adoção, em resumo, das seguintes medidas: i) obrigatoriedade do uso de máscaras nos transportes e terminais; ii) fornecimento de máscaras, luvas e sanitizantes para todos os funcionários; iii) isolamento do motorista dentro do ônibus por barreira física em material plástico; iv) medição da temperatura de todos os funcionários; v) disponibilização de álcool em gel; vi) higienização do interior dos veículos; vii) para adequado distanciamento sinalização no interior dos veículos, em pontos e em terminais, limitação de assentos; Tais medidas de caráter sanitário foram ainda associadas à sugestão de expansão dos serviços de transporte coletivo (aumento da frota) e à adoção de medidas para sua reorganização (criação de linhas de curta distância e criação de pontos de alívio nas rotas).

Em que pese o estudo tenha por objeto a análise da malha de transporte urbano da região metropolitana do Rio de Janeiro, as conclusões apresentadas são aplicáveis a outras metrópoles, posto que, tal como naquela cidade, na capital paulista

o ônibus é o meio de transporte mais utilizado pelo paulistano (47%), em gasto médio de 2 horas por dia no deslocamento.⁴¹

É uma breve e simples menção de recentes decisões judiciais, ainda na forma de liminar, portanto, de cognição superficial e eficácia transitória, mas que já sinalizam o reconhecimento da prevalência da tutela da saúde em detrimento da atividade econômica.⁴²

Por enquanto não há protocolo de segurança que justifique abrir todos os estabelecimentos comerciais, situação cuja consequência seria certamente a superpropagação da doença.

Justiça do Estado de São Paulo, Rel. Des. Fernão Borba Franco, 16/07/2020.

⁴² Há, ainda, inúmeras reportagens a indicar que o Poder Judiciário tem adotado esse mesmo entendimento em outros casos análogos: “a justiça deu prazo de 48 horas para a prefeitura de Barretos, no interior de São Paulo, fechar lojas de rua, shoppings, restaurantes, bares e salões de beleza, como determina o plano estadual de reabertura das atividades econômicas por causa da pandemia do novo coronavírus” (<https://www.terra.com.br/vida-e-estilo/saude/justica-manda-prefeitura-fechar-comercio-e-cumprir-rebaixamento-em-barretos,24b48512c7dc9d04d73ff74bc533bd47ac79pmnf.html>). “o comércio não essencial em Jundiaí volta a ficar fechado em atendimento a uma Ação Direta de Inconstitucionalidade movida pela Procuradoria Geral de Justiça Estadual, alegando que o funcionamento parcial e controlado dessas atividades contraria as diretrizes estabelecidas pela União e pelo Estado para controle da pandemia do coronavírus” (JUSTIÇA determina o fechamento de comércio não essencial. *Prefeitura de Jundiaí*, Jundiaí, 5 maio 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3k3jZeN>. Acesso em: 7 set. 2020). “A juíza Elizabeth Maria Saad, da 3ª Vara Cível do Tribunal de Justiça do Rio, determinou que o município de Duque de Caxias “se abstenha de expedir qualquer ato administrativo, inclusive normativo, que contrarie as medidas de enfrentamento da propagação decorrente do novo coronavírus (covid-19) previstas nas recomendações da Organização Mundial de Saúde, na legislação nacional e no Decreto Estadual nº 47.006/2020, sem apresentação de laudo técnico favorável ao abrandamento das medidas de isolamento social” (DOLZAN, Marcio. Justiça suspende decreto que autorizou abertura do comércio em Duque de Caxias. *Uol*, 25 maio 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2DJlqzs>. Acesso em: 7 set. 2020). “No dia 8 de maio, após pedido de liminar em Ação Pública ingressada pelo Ministério Público, o juiz Flávio Ferreira, da Vara da Fazenda Pública da Comarca de Ipatinga, acatou a solicitação do MP e suspendeu os efeitos do decreto que permitia a volta de alguns setores comerciais que ainda não tinham permissão para funcionar” (POR FORÇA de decisão judicial segmentos comerciais permanecerão fechados em Ipatinga. *Diário do Aço*, Ipatinga, 22 maio 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2Rjpx8F>. Acesso em: 7 set. 2020).

4. Conclusão

Longe de apresentar e analisar todos os problemas jurídicos decorrentes da pandemia da Covid-19, a questão relativa ao dever de segurança tem sua notória importância no atual cenário do mercado de consumo, pois se trata de proteger a vida.

É de se responder, portanto, que, no que diz respeito à contaminação pelo novo coronavírus no atual mercado de consumo, o nível de segurança com a saúde dos consumidores que deve ser exigido dos fornecedores de produtos e serviços é proporcional aquele que o fiel respeito aos protocolos de segurança permitirá alcançar, o que representa um resultado abstrato e, de certo modo, incerto.

Em um cenário no qual se admite somente a redução de danos, voltado a minimizar os riscos de contaminação, o mais importante é exigir dos fornecedores a observância do dever de segurança acima mencionado, dando cumprimento às medidas preventivas estabelecidas pelos órgãos competentes. A inobservância dessas medidas caracterizará o vício de qualidade por insegurança quanto ao risco à saúde em decorrência da Covid-19.

Isto porque, ainda que cumpridas todas as medidas de prevenção, não há estabelecimento comercial absolutamente seguro para o consumidor frequentar no que se refere à transmissibilidade da Covid-19. Não se deve, pois, ter por expectativa legítima de segurança à saúde um ambiente isento de contaminação do novo coronavírus. Essa segurança seria anormal e imprevisível nesse atual momento de pandemia.

Por conta disso, nesse momento crítico em que se busca incessantemente a preservação da vida e da saúde dos indivíduos, a intensificação do dever de segurança, com a observância das medidas preventivas, é a principal resposta que o Direito do Consumidor pode oferecer para dirimir os impactos da pandemia da Covid-19 quanto aos bens existenciais.

Referências

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Os direitos dos consumidores*. Coimbra: Almedina, 1982.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

CABANILLAS SANCHEZ, Antonio. *Los deberes de protección del deudor en el derecho civil, en el mercantil y en el laboral*. Madrid: Civitas, 2000.

CACHAPUZ, Maria Claudia Mércio. A construção de um conceito de privacidade, as cláusulas gerais e a concreção de direitos fundamentais. In: MARTINS-COSTA, Judith (coord.). *Modelos de direito privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 48-75.

CALAIS-AULOY, Jean. Sécurité des consommateurs. In: GHESTIN, Jacques (org.). *Sécurité des consommateurs et responsabilité du fait des produits défectueux*. Paris: LGDJ, 1987. p. 225-233. (Collection Thèses. Sous-collection Bibliothèque de droit privé).

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 77, p. 27-46, 2011.

CORDEIRO, Menezes. *Tratado de direito civil português: direito das obrigações: introdução, sistemas e direito europeu das obrigações, dogmática geral*. Coimbra, Almedina, 2009. t. 1, v. 1.

CORREA, André Rodrigues. Ato violento de terceiro como excludente de responsabilidade do transportador: qual a causa desse entendimento jurisprudencial defeituoso? In: MARTINS-COSTA, Judith (coord.). *Modelos de direito privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 341-384.

COSTA, Mario Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 12. ed. Coimbra: Almedina, 2019.

COVID-19 : estratégia de gestão: instrumento para apoio à tomada de decisão na resposta à pandemia da Covid-19 na esfera local. Brasília, DF: SUS, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/35iC4Bg>. Acesso em: 7 set. 2020.

CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro *et al.* (orgs.). *Direito em tempos de crise: Covid-19*. São Paulo: Quartier Latin, 2020. v. 5.

DOLZAN, Marcio. Justiça suspende decreto que autorizou abertura do comércio em Duque de Caxias. *Uol*, 25 maio 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2DJlqzs>. Acesso em: 7 set. 2020

DUARTE, Marcelo. Selo Covid-free? Hospital vai certificar comércio que respeitar as regras. *Tilt*, 11 jul. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3haKlJJ>. Acesso em: 7 set. 2020.

JUSTIÇA determina o fechamento de comércio não essencial. *Prefeitura de Jundiáí*, Jundiáí, 5 maio 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3k3jZeN>. Acesso em: 7 set. 2020.

LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Responsabilidade civil de los médicos*. 2. ed. rev. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2016.

MALFATTI, Alexandre David. A efetivação dos direitos básicos à educação e à informação do consumidor: apontamento em função da pandemia do coronavírus (Covid-19). In: *Direito do consumidor: reflexões quanto aos impactos da pandemia da Covid-19*. São Paulo: EPM, 2020.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 9. ed. rev. E atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 6. ed. rev. atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PINTO, Carlos Alberto Mota. *Cessão da posição contratual*. Coimbra: Almedina, 2003.

POR FORÇA de decisão judicial segmentos comerciais permanecerão fechados em Ipatinga. *Diário do Aço*, Ipatinga, 22 maio 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2Rjpx8F>. Acesso em: 7 set. 2020

SAMPAIO, Paulo. Após suicídio de jovem, hotel instala rede proteção antiqueda no hall. *Blog do Paulo Sampaio*, 12 jul. 2017. Disponível em: <https://bit.ly/3hbzLSG>. Acesso em: 7 set. 2020.

SILVA, Clovis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2006.

TAPINOS, Daphné. *Prévention, précaution et responsabilité civile: risque avéré, risque suspecté et transformation du paradigme de la responsabilité civile*. Paris: L'Harmattan, 2008.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 4. ed. Tradução: A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.

